

## **I.3. DERECHO CONSTITUCIONAL**

### **LA POLÉMICA Kelsen-SCHMITT SOBRE QUIÉN DEBE SER EL «DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN»**

Por D. JUAN ANTONIO DONCEL LUENGO y el Dr. JOSÉ ÁNGEL CAMISÓN YAGÜE  
*Profesores de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Extremadura*

#### **Resumen**

Este trabajo analiza los fundamentos de la polémica mantenida entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre la figura del Defensor de la Constitución. En él se muestran los elementos básicos de las tesis defendidas por cada uno de los autores, así como los principios fundamentales de sus razonamientos.

#### **Abstract**

This paper analyses the bases of the Schmitt *vs.* Kelsen controversy about the role of the «Defender of the Constitution». This article contains a compilation of the essential elements of the theses defended by each one of them and also the fundamental principles of their positions.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN CARL SCHMITT
  - 1. PREMISAS CONTEXTUALES
    - A) **Concepto de Estado**
    - B) **Concepto de Constitución**
    - C) **Problemas del Reich**
  - 2. ARGUMENTOS DE OPOSICIÓN A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
  - 3. ARGUMENTOS QUE SIRVEN DE APOYO PARA QUE EL PRESIDENTE DEL REICH SEA EL «DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN» DEL REICH
- III. EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN HANS KELSEN
  - 1. HANS KELSEN: QUIÉN
  - 2. LA OBRA DE KELSEN
  - 3. ESTADO, DERECHO Y CONSTITUCIÓN EN KELSEN
  - 4. LA POSICIÓN DE KELSEN EN LA POLÉMICA CON SCHMITT
  - 5. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN
- IV. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

De todas las polémicas que han existido en la moderna historia del Derecho Constitucional podemos decir que la mantenida entre Hans Kelsen y Carl Schmitt durante el período de entreguerras a propósito de quién debe ser el defensor de la Constitución ha sido una de las más intelectualmente apasionadas y apasionantes de la disciplina. En ella no sólo se midieron dos de las mentes constitucionales europeas más brillantes de todos los tiempos sino que se contrapusieron además dos visiones particularmente enfrentadas entre sí de Constitución y de constitucionalismo. Es por ello que acercarse a esta polémica resulta significativamente formativo y enriquecedor para aquellos que se interesan por el estudio del Derecho Constitucional y, concretamente, por la cuestión de la «defensa de la Constitución».

Por este motivo, desde el Área de Derecho Constitucional hemos decidido que los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura tengan entre la lista de lecturas recomendadas para el estudio de la asignatura las obras de Kelsen y Schmitt a través de las cuales se formaliza esta polémica, y que son, respectivamente: *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* y *El defensor de la Constitución*.

En tanto que se trata de una pugna intelectual y científica que maneja conceptos constitucionales que pudieran resultar en alguna medida complejos para los estudiantes de grado, hemos decidido compilar en este artículo un breve resumen contextualizado de las posiciones que cada uno de los autores defienden, todo ello con el objetivo didáctico de ofrecer una introducción a esta polémica para aquellos estudiantes que se interesen por la misma. Lejos de querer ofrecer conclusiones, los autores de este artículo simplemente tratamos de brindar a las y los alumnos de Derecho Constitucional la oportunidad de realizar un primer acercamiento formativo a la polémica que tuvo lugar entre Kelsen y Schmitt.

Este trabajo consta de dos partes diferenciadas pero intrínsecamente vinculadas: por un lado, la que se ocupa de las posiciones y postulados de Kelsen y, por otro lado, la que se ocupa de las de Schmitt. Dado que, como se sabe, han sido finalmente las tesis de Kelsen las que mayor eco e impacto han tenido en el constitucionalismo occidental de la segunda mitad del siglo XX, hemos decidido comenzar por las posiciones de Schmitt –en tanto que menos conocidas para los estudiantes y el gran público– de cuya glosa se ha ocupado José Ángel Camisón Yagüe; y terminar por las de Kelsen, de las que se ha ocupado Juan Antonio Doncel Luengo.

En el seguro convencimiento de la utilidad práctica de este trabajo para los estudiantes de Derecho Constitucional y en tanto que el mismo nace de los diversos encuentros y discusiones producidos en el seno del Seminario permanente de Derecho Constitucional «Antonio Gramsci», que desde hace años se viene desarrollando en la Facultad de Derecho de la U.Ex., los autores hemos querido que el mismo se inscriba dentro de los trabajos contenidos en el Anuario de la Facultad, a quien agradecemos aquí muy sinceramente su publicación. Por otra parte, también queremos hacer constar nuestro reconocimiento a todos aquellos estudiantes de la U.Ex. que han participado voluntariamente en los encuentros del Seminario permanente y sin cuyo concurso estas actividades, y la propia Universidad, no tendrían sentido.

## II. EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN CARL SCHMITT

Antes de adentrarnos en la obra científica de Carl Schmitt y en concreto en su trabajo sobre el defensor de la Constitución, debemos al menos mencionar que durante un período de su vida abrazó las tesis del nacionalsocialismo alemán llegando incluso a adherirse al régimen nazi<sup>1</sup>. No se hace esta mención en demérito de la obra científica de Schmitt, ni pretenda ver en ella el lector ninguna otra finalidad más que la de contextualizar la obra que aquí se analiza, «El Defensor de la Constitución», que fuera publica por primer vez en el año 1929 como estudio en la revista *Archiv für das öffentliche Recht*, y posteriormente revisada y publicada como monografía en 1931<sup>2</sup>.

Como idea principal debe significarse que Carl Schmitt trata de demostrar en este trabajo que un Tribunal Constitucional no puede ser el mejor «Defensor de la Constitución» en el marco de la Constitución de Weimar y del Reich alemán; defendiendo que esta función debe ser ejercida por el Presidente del Reich. Esta idea

<sup>1</sup> D. L. SANROMÁN, «Carl Schmitt. La cuestión del poder», en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n.º 10, julio-diciembre 2004 (la versión digital de este artículo puede encontrarse en <http://www.ucm.es/info/nomadas/>): «La figura de Schmitt ha sido también un centro de intensa polémica intelectual y política fundamentalmente en lo que a su vinculación al nacionalsocialismo se refiere. Las interpretaciones de este vínculo son variadas y dependen, en buena medida, de la mayor o menor proximidad ideológica del intérprete con respecto a la obra de Carl Schmitt (...). Sólo las intenciones últimas de Schmitt pueden ser motivo de controversia y las claves de interpretación de esas intenciones han de rastrearse en sus trabajos y diarios íntimos de la época, pero de lo que no cabe duda alguna es de que Schmitt fue miembro del N.D.S.A.P. y de que participó activamente en la legitimación teórica de la práctica del Estado nacionalsocialista y en la construcción del ordenamiento jurídico del Tercer Reich». Vid. in extenso en este artículo sobre la colaboración de Schmitt con el régimen fascista alemán.

<sup>2</sup> N.º XVI (Nueva Serie, XVI, págs. 161 a 237). El título original en alemán del artículo es *Der Hüter der Verfassung*. La monografía, del mismo nombre que el artículo, fue publicada por la editorial J.C.B. Mohr, en la ciudad germana de Tübingen en 1931. La primera traducción al castellano la realizó SÁNCHEZ SARTO y fue publicada ese mismo año 1931 bajo el título «La defensa de la Constitución» por la editorial Labor de Madrid. Una versión de este trabajo de Schmitt puede consultarse en la compilación C. SCHMITT y H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 2009.

fuerza del trabajo de Schmitt se contraponen a las tesis defendidas por Hans Kelsen, y que se habían materializado en la Constitución Austriaca (1920), que establecía la existencia de un Tribunal Constitucional en el que se residenciaba el control concentrado de la constitucionalidad, y que estudiaremos en detalle más adelante.

Esta polémica doctrinal entre Kelsen y Schmitt tuvo lugar en el contexto de los últimos años de la República de Weimar, y se produce ante el vacío constitucional que al respecto se evidenciaba en la Constitución weimariana<sup>3</sup>. Esta Constitución sí preveía la existencia dos Tribunales: el Supremo –Reichtgericht–, que ya iniciara una jurisprudencia de control difuso<sup>4</sup>; y Tribunal del Estado –Staatsgerichtshof–,<sup>5</sup> en el que se residenciaba la resolución de ciertos conflictos constitucionales entre los Länder y Reich<sup>6</sup>.

Todos aquellos que se acerquen al «Defensor de la Constitución» deben tener en cuenta que los argumentos y conceptos usados por Schmitt no aparecen claramente sistematizados en la obra, de modo que los que a continuación se enuncian de forma ordenada son una construcción elaborada tras la lectura de «El Defensor de la Constitución», y que se proponen como apoyo a la comprensión del texto y de las tesis de Schmitt. A fin de ordenar y sistematizar los conceptos manejados por Schmitt hemos procedido a dividirlos en tres categorías: en primer lugar, las premisas contextuales, que son aquellas circunstancias y conceptos que contextualizan el trabajo del jurista alemán; en segundo lugar, los argumentos que sirven a Schmitt para fundamentar su oposición a una «justicia constitucional»; y, finalmente, en tercer lugar, los argumentos que sirven de apoyo a las tesis *schmittianas* para que el Presidente del Reich encarne la figura del «Defensor de la Constitución».

## 1. PREMISAS CONTEXTUALES

Debemos tener siempre en cuenta al estudiar a Schmitt que éste autor centra su análisis respecto sobre quién debe ser Defensor de la Constitución en el

<sup>3</sup> Vid. *in extenso* sobre la Constitución de Weimar y su época: W. JELLINEK, «El proceso de elaboración de la Constitución de Weimar»; C. MORTATI, «Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar»; O. BÜHLER, «Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos»; todos ellos compilados en castellano en la obra *La constitución de Weimar*, Madrid, Ed. Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 2010.

<sup>4</sup> G. LOMBARDI, «La querella Schmitt/Kelsen: consideraciones sobre lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX», en la compilación C. Schmitt y H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., pág. XXXI: «desde la sentencia de 4 de noviembre de 1925 el Tribunal Supremo del Reich (Reichsgericht) se había llegado a afirmar ya la idea de que todo tribunal poseía no sólo la facultad, sino también la obligación, de decidir sobre cuestiones de constitucionalidad si se suscitaban dudas a propósito».

<sup>5</sup> Art. 108 de la Constitución de Weimar.

<sup>6</sup> Art. 15 *in fine* de la Constitución de Weimar: «Los Gobiernos de los Länder, a petición del Gobierno del Reich, vienen obligados a subsanar cuantas deficiencias surjan en la ejecución de las leyes del Reich. Si mediara divergencia de opinión, tanto el Gobierno del Reich con el de los Länder pueden suscitar el caso ante el Tribunal de Estado (Staatsgerichtshof), salvo que una ley del Reich determine otro Tribunal».

concreto contexto temporal y jurídico del Reich Alemán que tenía como norma fundamental la Constitución de Weimar. Para poder comprender el trabajo de Schmitt es preciso tener claro, en tanto que premisas contextuales necesarias, cual es su concepción del Estado, qué entiende por Constitución y, finalmente, cuáles son los principales problemas que, según él, acuciaban a la República de Weimar.

### A) Concepto de Estado

En primer lugar, debemos dejar claro cuál es el concepto de Estado que Schmitt utiliza en su obra, en tanto que es determinante para poder comprender los entresijos de sus postulados. Este autor entiende el Estado como la autoorganización de toda la sociedad del Reich. Así, según él, Estado y Sociedad deben ser fundamentalmente idénticos. De esta forma la Sociedad convertida en Estado, *se transforma en Estado económico, en estado cultural, en estado previsor, estado bienhechor, estado benéfico. El Estado abarca todo lo social, todo lo que guarda relación con la convivencia humana*<sup>7</sup>. De este modo se genera un estado integral, o lo que es lo mismo, un estado total que todo lo abarca. En este contexto, Schmitt entiende que todo es político y nada de lo que tiene que ver con el Estado puede ser en modo alguno ajeno al Estado y por tanto susceptible de ser despolitizado<sup>8</sup>.

Por otro parte, debemos tener en cuenta que para Schmitt el Reich se caracteriza por su naturaleza «parlamentaria»; en tanto que la Constitución de Weimar sitúa al poder legislativo como el «centro de su actividad política». Esta caracterización del Reich weimariano se lleva a cabo por contraposición a otros modelos de Estado existentes y que Schmitt identifica como «judiciales» o como «gubernamentales». Los primeros, los de naturaleza judicial, son aquellos que colocan en el centro la actividad política a los jueces; los segundos, los de naturaleza gubernamental, son lo que pivotan sobre la figura del poder ejecutivo<sup>9</sup>. A este respecto y por lo que al contexto de la obra de Schmitt se refiere, debe significarse que este autor mantuvo una posición ciertamente crítica respecto del «parlamentarismo» y sus perversiones, en las que posteriormente ahondaremos<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> C. SCHMITT, «El Defensor de la Constitución», en C. Schmitt y H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., pág. 141: «Organízase la sociedad misma en Estado: el Estado y la Sociedad deben ser fundamentalmente idénticos, con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre zonas concretas político estatales y a político sociales (...)».

<sup>8</sup> *Ibidem*, pág. 200: «Todo cuanto es de interés público es político en cierto modo y nada de lo que esencialmente interesa al Estado puede ser despolitizado en serio. El apartamiento de la política es el apartamiento del Estado».

<sup>9</sup> *Ibidem*, págs. 134 a 137.

<sup>10</sup> *Vid. in extenso* sobre las críticas de este autor al parlamentarismo en la obra C. SCHMITT, *Los fundamentos históricos-espirituales del parlamentarismo en su situación actual* (1923), reeditado en castellano en Madrid, Ed. Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 2008.

## B) Concepto de Constitución

La segunda premisa contextual que debe manejarse para poder comprender plenamente las tesis de Schmitt, a propósito del defensor de la Constitución, es necesariamente, el concepto de constitución y su función, que está indefectiblemente ligado al concepto schmittiano de Estado.

Así, la Norma Fundamental del Reich será para Schmitt un todo, en tanto que *la Constitución del Reich afirma la idea democrática de la unidad homogénea e indivisible del pueblo, que se ha dado a sí mismo una constitución mediante una decisión positiva, es decir mediante una decisión política positiva*».

Sobre este concepto de Constitución, entendida como una decisión política positiva total, pivota la argumentación de Schmitt a propósito de quién debe ser su defensor. Para Schmitt la Constitución del Reich Alemán no puede ser considerada como un convenio entre partes, según indica este autor, la Constitución de Weimar no es ni puede ser entendida como un contrato negociado o negociable. La Constitución es una Constitución del Estado y, por tanto, de toda la sociedad, de todo el pueblo en su conjunto; por ello, no es ni puede nunca ser considerada como un contrato entre distintas partes<sup>11</sup>.

Finalmente es preciso también tener presente junto al concepto schmittiano de constitución la función que éste autor reconoce a la misma. Así, para Schmitt la principal función de la Constitución debe ser la de establecer y constituir un sistema de organización que no sólo permita formar una voluntad política del Estado, sino que a la vez instituya un gobierno capaz de gobernar<sup>12</sup>.

## C) Problemas del Reich

La época weimariana fue, como se sabe, muy convulsa políticamente. En dicho contexto Schmitt identificaba tres principales problemas en el seno de la República de Weimar que ponían en serio peligro la unidad hermética del Estado, de la Sociedad y, por tanto, del propio Reich. Estas tres amenazas eran: el pluralismo político, la policracia y el federalismo.

### a) Pluralismo político

Aunque la República de Weimar se configuró como un Estado de partidos, la Constitución del Reich no reconocía expresamente a éstos ninguna función. Ante este hecho Schmitt entiende que todo Estado democrático es, en cierto modo, un Estado de partidos. Y, en este contexto, la función que Schmitt atribuye a los partidos no es otra que la de servir de elementos e instrumentos que permitan

---

<sup>11</sup> C. SCHMITT, «El Defensor de la Constitución», en *op. cit.*, pág. 112: «(...) todas aquellas interpretaciones y aplicaciones de la Constitución de Weimar que pretender ver en ella un contrato, un compromiso o algo semejante, deben rechazarse solemnemente por vulnerar el espíritu de la Constitución».

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 208.

y posibiliten el establecimiento de una voluntad homogénea del Estado. Sin embargo, según sostiene este jurista alemán esto no produce en el Reich de Weimar. Tal y como indica Schmitt el reconocimiento del pluralismo político conlleva una importante fragmentación de la sociedad, lo que implica que ésta deja de ser un todo para pasar a articularse en facciones diferenciadas en torno a los partidos.

De este modo los partidos terminan constituyéndose en un estado total-integral en sí mismos, dado que se trata de entidades sólidas y fuertemente organizadas, que acaban por suplantar al propio Reich; pues entre los ciudadanos se generan lealtades al partido que se sitúan en una posición superior a la lealtad debida al Estado, lo que a juicio de Schmitt conlleva un grave peligro para la unidad estatal. Se produce, así, una feudalización y estamentalización del Estado; en cierta manera el estado y la sociedad se atomizan debido al pluralismo. Por todo ello, concluye Schmitt, que los partidos no cumplen con su función, dado que no logran articular la voluntad homogénea del Estado sino todo lo contrario. La pluralidad provoca la confrontación entre el partido en el poder y el adversario, esa confrontación política en la que se instrumentaliza la Constitución conduce a una negociación que acaba con la Norma Fundamental, tal y como la entiende Schmitt, convirtiéndola en un pacto, en un contrato. Por todo ello concluye el jurista alemán que «*el pluralismo aplasta la Constitución*»<sup>13</sup>.

Otro de los efectos negativos para el Reich a los que conduce el pluralismo es la degeneración del Estado de partidos en un «Estado de partidos en coalición lábil», hecho frente al que Schmitt manifiesta una oposición frontal. Según Schmitt, «*el Estado de partidos en coalición lábil da origen a un Gobierno incapaz de gobernar, a un desgobierno y de esta ausencia de decisión, de la tendencia a lograr un gobierno efectivo y una auténtica resolución política*», y en base a lo anterior «*se producen las dispersiones más variadas de la sustancia política*»<sup>14</sup>.

Para Schmitt el estado de partidos en coalición lábil desintegra la unidad alemana y, por tanto, la unidad del Reich; lo que conlleva que la Constitución quede reducida, por un lado, a un mero pacto entre partidos y, por otro, a un instrumento del que éstos se sirven para la protección de los derechos adquiridos.

Por otra parte, también indica Schmitt cuales son los efectos negativos que el Estado lábil de partidos provoca sobre la institución parlamentaria. Según él dicha situación conlleva que «*el Parlamento, en lugar de ser la escena de una actividad libre y unificadora llevada a cabo por representantes nacionales libres, en lugar de ser el transformador del interés de partido en una voluntad que esté por encima de todos ellos, se convierte en el teatro de la distribución pluralista de las potencias sociales organizadas*»<sup>15</sup>.

Schmitt indica que la Constitución de Weimar posee ciertos instrumentos y mecanismos que, bien utilizados, pueden servir para, si no neutralizar los efectos

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, pág. 163.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pág. 196.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pág. 161.



negativos del Estado de Partidos, sí, al menos, para limitarlos en cierta medida. El primer «neutralizador» lo constituye la burocracia; los funcionarios públicos, que son inamovibles y nombrados por el Presidente del Reich, constituyendo un cuerpo que sirve directamente al interés del Estado. Sin embargo, no gobiernan sino que sólo ejecutan las decisiones<sup>16</sup>. El segundo neutralizador lo constituyen las autoridades independientes, es decir las autoridades técnico administrativas a las que se atribuye totalmente un determinado ámbito de decisión política<sup>17</sup>. Tal es el caso del Reichbank –el banco del Reich– o del ente que gestiona los ferrocarriles del Reich<sup>18</sup>. Pero estas administraciones independientes implican, a juicio de Schmitt una desmembración de la soberanía política del Reich<sup>19</sup>. Y el tercero de los neutralizadores lo constituyen la estructura federal del Estado, en tanto que los Länder actúan como contrapeso a los partidos<sup>20</sup>.

#### b) *Policracia*

La policracia constituye la segunda de las graves amenazas y problemas del Reich. En este sentido Schmitt identifica la policracia como la existencia en el marco del sector económico público de una pluralidad de sujetos que se interfieren entre sí. El Reich, los Länder, los Municipios, las Cajas, los Seguros Sociales y las Cooperativas conforman una pluralidad de titulares de la economía pública que frenan y condicionan la voluntad política del Reich. Según Schmitt la policracia conlleva una limitación de voluntad política, que amenaza con destruir la unidad del Estado del Estado<sup>21</sup>.

Schmitt sostiene que el Estado total del Reich debería ser también un Estado económico, sin embargo carece de «Constitución Económica» que sea capaz de someter la economía al Estado. Muy al contrario de lo que según él debería ser, la Constitución Económica material del Reich está constituida por distintos grupos económicos que luchan entre sí y quiebran con ello la unidad nacional.

#### c) *El federalismo*

Aunque en algunos momentos de su obra Schmitt defiende la potencialidad de los Länder como un posible mecanismo neutralizador de los efectos negativos

<sup>16</sup> *Ibidem*, págs. 268 y ss.

<sup>17</sup> Vid. *in extenso* sobre las Autoridades independientes en Alemania en M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades Independientes. Un estudio de derecho comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ed. Ariel, 2002.

<sup>18</sup> Art. 92 de la Constitución de Weimar.

<sup>19</sup> C. SCHMITT, «El Defensor de la Constitución», en *op. cit.*, pág. 193.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág. 194: «(...) los Länder alemanes en particular pueden desarrollar una cierta función neutralizadora. Aunque igualmente son Estados de partidos con régimen parlamentario, la circunstancia de que en ellos actúen coaliciones de composición distinta que las del Reich, da lugar a un cierto contrapeso, basado en la mera diferencia».

<sup>21</sup> *Ibidem*, pág. 169: «Todo intento de establecer y llevar a la práctica un amplio programa financiero y económico con directrices homogéneas para el régimen de la economía pública choca con los estorbos y obstáculos de esa policracia tan diversa».

del pluralismo político<sup>22</sup>, por otra parte también significa que la ordenación federal del Estado provoca una lucha entre el Reich y los Länder, lo que puede implicar una quiebra de la solidez de la unidad estatal<sup>23</sup>.

## 2. ARGUMENTOS DE OPOSICIÓN A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Dadas las premisas contextuales indicadas en los anteriores epígrafes procede ahora apuntar cuáles son los argumentos básicos en los que Schmitt fundamenta su oposición a la justicia constitucional, y específicamente al Tribunal Constitucional como «Defensor de la Constitución». Tal y como puede comprobarse en su obra en ocasiones estos argumentos son más intuiciones nacidas de la genialidad schmittiana que postulados razonados y sistematizados. De todos ellos hemos considerado como principales los cuatro que seguidamente presentamos al lector, para que pueda después rastrearlos y profundizar sobre ellos al acudir al texto de Schmitt:

*Primero.*—Según Schmitt existen básicamente dos tipos de conflictos constitucionales. De una parte, los que traen causa en la oposición de normas y, de otra los que precisan el contenido de una norma. Estos últimos son los que más le preocupan en tanto que considera que aquellos conflictos constitucionales que precisan el contenido de una norma son una «actuación normativa». Schmitt sostiene que no se debe atribuir a la Justicia la resolución de aquellos conflictos que conlleven una «actuación normativa»; pues todo lo que rebasa la subsunción de un hecho en una norma conlleva una actividad legislativa, que no puede corresponder a los Jueces. «*Cuando se encomiendan las resoluciones políticas a la justicia profesional, a la larga esto no conduce a manifestaciones neutrales, sino, por el contrario, a imprimir carácter político a lo que deberían ser instituciones neutrales*»<sup>24</sup>.

*Segundo.*—Schmitt indica que el Defensor de la Constitución se convierte fácilmente en árbitro, lo que conlleva que la institución que encarna al «Defensor» se pueda convertir en un Jefe del Estado. Así, en caso de que la defensa de la Constitución recayera en el Tribunal Constitucional esto podría llevar *de facto* a una doble jefatura del Estado. El Tribunal se convertiría en un poder que está por encima de los otros poderes del Estado, al igual que el Presidente del Reich.

*Tercero.*—Schmitt defiende que no se pueden «judicializar» los asuntos constitucionales, ya que estas cuestiones son siempre asuntos de naturaleza política. La justicia y la burocracia resulta recargada de modo insoportable cuando sobre ellos se amontonan obligaciones y resoluciones políticas. Por ello un Tribunal Constitucional constituido por funcionarios profesionales e inamovibles e independientes se convertiría en «una segunda cámara» política. El Tribunal

<sup>22</sup> *Vid. supra.*

<sup>23</sup> C. SCHMITT, «El Defensor de la Constitución», en *op. cit.*, págs. 172 y 173.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág. 197.

constitucional se transformaría en una «*instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales*»<sup>25</sup>.

Cuarto.—Los litigios constitucionales se han convertido en negociaciones entre partidos, que implican necesariamente la transformación de la Constitución en un contrato negociable por las partes. La Constitución deja, por tanto, de ser obra del poder constituyente y deja de ser una obra política de la nación. En este sentido Schmitt critica los laudos constitucionales en los que el Tribunal del Estado —Staatsgerichtshoff— transforma las pretensiones partidarias en derechos subjetivos para los partidos<sup>26</sup>.

En virtud de todo lo anterior, Schmitt concluye que la defensa judicial de la Constitución es ficticia y que, por tanto, los Tribunales y específicamente el Tribunal Constitucional no pueden ser «el Defensor de la Constitución»<sup>27</sup>.

### 3. ARGUMENTOS QUE SIRVEN DE APOYO PARA QUE EL PRESIDENTE DEL REICH SEA EL «DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN» DEL REICH

Dado que para Schmitt ni la justicia constitucional ni el Tribunal Constitucional pueden cumplir con las funciones propias del Defensor de la Constitución, este autor sostiene que esta importante tarea debe ser desempeñada por el Presidente del Reich, pues así lo establece la Constitución de Weimar<sup>28</sup>. Para fundamentar su tesis Schmitt se basa en los siguientes argumentos, que indicamos aquí de forma sucinta y sobre los cuales animamos al lector a profundizar en la propia obra de Schmitt:

*Primero.*—El Presidente del Reich es elegido democráticamente, por lo que goza de una legitimación democrática directa, algo de lo que carecen los Tribunales<sup>29</sup>. Y es además independiente de otras instituciones del Estado y específicamente del Parlamento, en tanto que no puede ser miembro del mismo<sup>30</sup>.

*Segundo.*—El Presidente de Reich goza, además, de una estabilidad y una permanencia, que no poseen otras instituciones del Estado. Su mandato es de siete años y la revocación de su mandato es compleja y difícil. Todas estas cir-

<sup>25</sup> *Ibidem*, pág. 280: «Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga».

<sup>26</sup> *Ibidem*, págs. 117 y ss.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pág. 126: «Cuando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esa decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al defensor de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficción judicialidad».

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 285: «Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar existe un defensor de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich».

<sup>29</sup> Art. 92 de la Constitución de Weimar: «El Presidente del Reich será elegido por todo el pueblo alemán. Es elegible todo alemán que haya cumplido 35 años de edad. Los pormenores se regirán por una Ley del Reich».

<sup>30</sup> Art. 44 de la Constitución de Weimar: «El Presidente del Reich no puede ser simultáneamente miembro del Reichstag».

cunstancias convierten al Presidente del Reich en un punto fijo y estable de la Constitución<sup>31</sup>.

*Tercero.*—El Presidente del Reich posee una importante serie de atribuciones constitucionales tales como la posibilidad de disolver el parlamento<sup>32</sup>, promover el plebiscito<sup>33</sup> y ostenta también el mando supremo de todas las fuerzas armadas<sup>34</sup>. Significa también Schmitt que todas estas competencias y poderes se realizan en el marco general de la defensa de la Constitución, en tanto que en el juramento que el Reichspresident realiza en su toma de posesión se compromete expresamente a la salvaguarda de la norma fundamental en sus actuaciones<sup>35</sup>.

*Cuarto.*—Según Schmitt el Presidente del Reich es una figura de contrapeso al pluralismo de los grupos sociales, económicos y de poder, que garantiza la unidad del pueblo alemán. Indica el autor alemán que Reichspresident es un poder neutral del Estado, es decir, ocupa una posición mediadora y reguladora de conflictos. Esta actividad de arbitraje, que se basa en su *auctoritas* y en su legitimidad democrática, debe servir para la formación de la voluntad nacional<sup>36</sup>.

*Quinto.*—Finalmente Schmitt destaca los diversos poderes especiales que pueden ser ejercidos por el Presidente en casos de extrema gravedad y amenaza para la Constitución y el orden constitucional. Así, el Reichspresident puede dictar legislación de emergencia, bajo la forma de Decreto Leyes; obligar a un Land a cumplir y a acatar las leyes del Reich; o, incluso, ordenar el uso de la fuerza armada y suspender ciertos derechos fundamentales para restablecer el orden y la seguridad pública<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Art. 92 de la Constitución de Weimar: «El cargo de Presidente del Reich dura siete años. Está permitida la reelección. Antes de que transcurra este plazo, puede el Presidente del Reich ser destituido a propuesta del Reichstag mediante votación popular. Para tomar este acuerdo se requiere una mayoría de dos tercios del Reichstag. Adoptado éste, el Presidente del Reichstag deberá abstenerse temporalmente de ejercer su cargo. Si la votación popular resultara contraria a la destitución, será considerada una nueva elección y tendrá como efecto la disolución del Reichstag. El Presidente del Reich no puede ser perseguido criminalmente sin el consentimiento del Reichstag».

<sup>32</sup> Art. 73 de la Constitución de Weimar: «Una ley aprobada por el Reichstag, deberá ser sometida a referéndum antes de su promulgación, cuando así lo disponga el Presidente del Reich en el término de un mes. (...). Sobre presupuestos, leyes tributaria y ordenanzas salariales sólo el Presidente del Reich puede convocar un referéndum».

<sup>33</sup> Art. 25 de la Constitución de Weimar: «El Presidente del Reich puede disolver el Reichstag, pero sólo puede hacerlo una vez por el mismo motivo. Las nuevas elecciones deberán tener lugar dentro de los setenta días posteriores a la disolución».

<sup>34</sup> Art. 47 de la Constitución de Weimar: «El Presidente del Reich tiene el mando supremo de todas las fuerzas armadas del Reich».

<sup>35</sup> Art. 42 de la Constitución de Weimar: «Al tomar posesión de su cargo el Presidente del Reich deberá prestar ante el Reich el siguiente juramento: Juro dedicar mis fuerza a procurar el bien del pueblo alemán, promover su prosperidad y protegerle de cualquier daño, salvaguardar la Constitución y las leyes del Reich, cumplir en conciencia mis obligaciones y hacer justicia a todos (...)».

<sup>36</sup> C. SCHMITT, «El Defensor de la Constitución», en *op. cit.*, págs. 286 y 287.

<sup>37</sup> Art. 48 de la Constitución de Weimar: «Cuando un Land no cumpla los deberes que le imponen la Constitución o las leyes del Reich, el Presidente del Reich puede obligarle apelando a la fuerza armada. Cuando el Reich alemán se encuentren gravemente alterados o amenazados, el orden y la seguridad públicos, el Presidente del Reich puede adoptar aquellas medidas que resulten necesarias para su restablecimiento, acu-

### III. EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN HANS Kelsen

#### 1. HANS Kelsen: QUIÉN

Este insigne pensador jurídico y político austríaco nació en Praga en 1881 y murió en Berkeley, California, en 1973. Quien fuera profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Viena (desde 1917) fue uno de los principales autores de la Constitución republicana y democrática que se dio Austria en 1920, tras su derrota en la Primera Guerra Mundial (1914-18) y la consiguiente disgregación del Imperio Austro-Húngaro.

En 1929 pasó a la Universidad de Colonia, pero la ascensión de Hitler al poder le llevó a dejar Alemania (1933). Tras unos años enseñando en la Universidad de Ginebra, pasó a la de Praga (1936). Finalmente, el estallido de la Segunda Guerra Mundial (1939-45) le decidió a abandonar Europa, refugiándose en los Estados Unidos (1940). Allí ejerció la docencia en la Universidad de Harvard, de donde pasó a enseñar Ciencia Política en la de Berkeley (1942), asesorando informalmente a los Estados Unidos en los procesos de Nuremberg y participando sin carácter oficial en la redacción de la Carta de las Naciones Unidas.

#### 2. LA OBRA DE Kelsen

Su concepción del Derecho como técnica para resolver los conflictos sociales le convierte en uno de los principales teóricos de la democracia del siglo XX, pero su principal aportación es su visión positivista de lo jurídico, absolutamente influyente en el ambiente jurídico posterior a las guerras mundiales, que analizaba el Derecho como un evento independiente de elementos ideológicos o morales, con preterición total de cualquier elemento relacionado con la tradición del Derecho natural. Entre sus obras destacan: *De la esencia y valor de la democracia* (1920), *Teoría general del Estado y del Derecho* (1925) y *Teoría pura del Derecho* (1935), así como su obra póstuma *Teoría general de las Normas* (1979).

#### 3. ESTADO, DERECHO Y CONSTITUCIÓN EN Kelsen

Kelsen defendió una visión positivista que él llamó *teoría pura del Derecho*, o sea un análisis formalista de lo jurídico como estructura meramente lógica, sin referentes morales ni mucho menos ideológicos, sin espacio para la inclusión de características de origen naturalista. Analizando la estructura de los sistemas

---

diendo a la fuerza armada si fuera preciso. A este fin cabe suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales establecidos en los arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 de la Constitución. Cuanta medidas haya adoptado el Presidente del Reich en virtud de los apartados 1.º y 2.º de este artículo, deberán ser puestas sin demora en conocimiento del Reichstag. Quedarán sin efecto si así lo requiere el Reichstag. Si la demora llegara a constituir un peligro, puede el Gobierno de un Land adoptar en su territorio las medidas referidas en el apartado 2.º. Estas medidas quedarán sin efecto a instancia del Presidente del Reich o del Reichstag. Los pormenores serán regulados por una ley del Reich».

jurídicos llegó a la conclusión de que toda norma emana de una legalidad anterior, remitiendo su origen último a una «norma hipotética fundamental» que situó en el Derecho internacional; de ahí que defendiera la primacía del Derecho internacional sobre los ordenamientos nacionales.

La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el «sollen», una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico. *«La teoría jurídica pura –en cuanto ciencia específica del Derecho– se dirige al conocimiento de las normas jurídicas: no en cuanto hechos de conciencia, no a la volición ni a la representación de las normas, sino a las normas mismas queridas y representadas, como contenidos espirituales».* *«Pero si el Derecho –considerado como criterio puramente positivista– no es otra cosa que un orden coactivo externo, se transforma en una específica técnica social (...). El Derecho no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político, porque su valor depende del fin trascendente al Derecho. (...) Se reconoce inequívocamente que el Derecho es un hecho históricamente condicionado».* *«El derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas».*

La base de sus reflexiones es una manera de entender la libertad en la que *«sólo es libre el ciudadano de un Estado libre»*. En el lugar de la libertad del individuo se sitúa la soberanía del pueblo o, lo que es lo mismo, el Estado libre como pretensión fundamental. Ese pueblo, por otra parte, no es un conjunto o un conglomerado de hombres, sino sólo un sistema de actos individuales determinados por el ordenamiento jurídico estatal. La democracia en la que cree Kelsen es una democracia realista en la que son imprescindibles los partidos políticos, pues sólo desde la ingenuidad o desde la hipocresía puede pretenderse que la democracia sea posible sin ellos. En los Estados modernos estamos hablando de una democracia indirecta, parlamentaria, en la que la voluntad colectiva normativa sólo se crea por la mayoría de aquéllos que son elegidos por la mayoría de los titulares de los derechos políticos. La institución central de esas democracias modernas es el Parlamento, y a él dedica varios apartados del libro constatando la fatiga del mismo, y las críticas injustas a las que es sometido, que no pueden dar pie a un intento de excluirlo del organismo del Estado moderno que no llegará a tener éxito a la larga. La solución es el fortalecimiento del elemento democrático con mecanismos como el referéndum, la iniciativa popular, el mandato imperativo moderno y la superación del privilegio completamente anacrónico de la inmunidad. Sus reflexiones sobre el principio de mayoría son igualmente importantes, entendiendo a la protección de las minorías como la función esencial de los derechos fundamentales, a la transacción entre mayoría y minoría como básica en la formación de la voluntad colectiva,

transacción que se ve favorecida por un sistema electoral proporcional, del que se muestra partidario. En la base del entendimiento debe hallarse, sin embargo, una sociedad relativamente homogénea desde el punto de vista cultural y, en particular, una misma lengua.

#### 4. LA POSICIÓN DE KELSEN EN LA POLÉMICA CON SCHMITT

Kelsen partía pues del concepto de Constitución como norma «puesta» o positiva, superior a todas las otras, pero en contexto dogmático consistente en la construcción en escalones del ordenamiento jurídico y de la consiguiente función de verificar la invalidez de las normas inferiores, que era muy diferente a lo que ocurría en los U.S.A.

¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? ¿En qué forma se desarrolla el control? En concreto, ¿a quién compete activarlo? ¿Y con relación a qué actos? ¿Qué eficacia deben, por último, asumir las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes?

Según Kelsen, la verificación de la conformidad de las leyes con la Constitución debe ser llevada a cabo por un órgano estructurado en tribunal, cuya independencia se garantice por la inamovilidad. Excluye la garantía preventiva, que no podría confiarse a un tribunal. Por tanto, no quedaría otra solución que instituir un control represivo. Éste no constituye una invasión del poder judicial, puesto que el Tribunal no ejerce una verdadera función jurisdiccional, puesto que anular una ley significa formular una norma general sólo que de signo negativo (*contrarius actus*).

El control de constitucionalidad se atribuye a todas las autoridades públicas que sean llamadas a aplicar una ley que presumen inconstitucional, sean ejecutivo o judicial. Desde luego, en los Estados federales, los gobiernos regionales. También cabría acción popular, pero Kelsen cree que se prestaría a abusos. Además, incluye el derecho de recurso de una minoría parlamentaria, e incluso no excluye una intervención de oficio del propio tribunal. Objeto del juicio deberían ser, además de las leyes, los reglamentos dotados con fuerza de ley, o sea inmediatamente subordinados a la Constitución, los actos con fuerza de ley, los actos normativos generales y los Tratados Internacionales. Si el Tribunal encuentra un vicio de forma, es decir relativo a la formación del acto, o de fondo, por ser contrario al contenido de la Constitución, procede la anulación de la ley con eficacia pro futuro, salvo un limitado efecto retroactivo en las leyes sancionadoras.

A continuación se exponen, de forma muy condensada, las principales ideas de Kelsen sobre toda esta cuestión, que sirven para resumir su discrepancia con la posición de Schmitt:

1. Como la Constitución es norma jurídica debe haber alguien que declare su violación, y ese alguien no puede ser quien tiene que cumplirla y por tanto puede no hacerlo, por lo que recurrir al Jefe del Estado sólo se



explica como compensación por la pérdida de poder con la caída de la monarquía absoluta.

2. Ataca la propuesta de Schmitt sobre el Defensor pues dice que se saca del desván una teoría de Benjamin Constant que atribuye neutralidad al monarca, lo que es ficticio y además contenido ideológico y no lógico, señala también que el Presidente del Reich es poder ejecutivo, aunque Schmitt lo presente como «escindido».
3. El Defensor kelseniano, llamado Tribunal Constitucional, es independiente y resuelve un contencioso entre partes sobre leyes del Parlamento y su adecuación con la Constitución. Los ataques de Schmitt contra eso se basan en que lo que hacen no es «justicia» pues no aplican Derecho a casos concretos, pero Kelsen mantiene que sí, que igual que los jueces, sólo que sobre asuntos diferentes.
4. Schmitt opone «político» a «jurisdiccional». Pero Kelsen opina que tan político es legislar como administrar o como juzgar, que también son decisiones de poder. Los T.C. son más «cuantitativamente» políticos que los jueces, pero que eso no es así porque sean jurisdicción, sino porque son legisladores negativos.
5. Argumenta Schmitt que el T.C. no subsume hechos en normas, sino que compara normas entre sí, por lo que no es jurisdicción, pero sostiene Kelsen que los tribunales existen porque las normas tienen significados necesitados de concreción, no son seguras o automáticas, y que parecido a subsumir una ley en un artículo de la Constitución para ver si cuadra con él o no es subsumir un hecho en una norma, sea para ver si la ley ha sido realizada correctamente o para ver si su contenido respeta lo prescrito en la Constitución.
6. Schmitt dice que la sentencia judicial está ya contenida en la ley, lo que no puede predicarse de la sentencia constitucional, que es una ley en sí sólo de naturaleza destructiva. Pero defiende Kelsen que ese automatismo no es real, las sentencias son decisiones que no se encuentran en las normas, sino predeterminadas por ellas, lo que no es lo mismo. Las sentencias son tan políticas como las leyes, pues son decisiones de poder que pueden manifestarse de una manera o de otra. Hay un Estado, Austria, donde ya está funcionando un Tribunal de estas características. Si lo que pretende Schmitt es limitar la discrecionalidad del T.C., entonces lo que debe es redactarse una Constitución muy clara, igual que ocurre con la confección de las leyes si se quiere impedir que los jueces sustituyan al legislativo.
7. Kelsen no considera lógica la objeción de que el procedimiento ante el T.C. no sea público, pues eso ya no ocurre con la jurisdicción contencioso administrativa y no por ello es menos jurisdicción.
8. Kelsen sostiene que el pluralismo de los partidos como órganos no políticos pero que pretenden el poder desde fuera del Estado –cuando se está asistiendo a una confusión entre Estado y Sociedad por la que



aqué pretende apropiarse de ésta— es compatible con la democracia siempre que sea una democracia de partidos.

9. Schmitt sostiene que en el control de constitucionalidad se disgrega el Estado porque unos órganos del mismo hacen valer derechos subjetivos frente a otros. Pero Kelsen defiende que no es así, que no se trata de pretensiones de individuos para restablecer su estatuto frente al Estado, sino de entender la legitimación procesal como un reequilibrio de los poderes del Estado para restaurar la Constitución violada. Es un recurso técnico para preservar el orden estatal, o sea lo contrario de la desintegración del Estado, pues es su reintegración.
10. Para Kelsen no existe antagonismo entre Gobierno y Parlamento en la forma de gobierno parlamentaria. Es mentira. Son lo mismo sólo que trabajan en un orden casi meramente cronológico. El Tribunal Constitucional ahí no toma parte en el conflicto porque no hay conflicto. Lo que es realmente ficticio es la neutralidad del Jefe del Estado. Ataca la presunta independencia del Jefe del Estado por más que sea elegido por el pueblo.
11. Igualmente, hace un análisis de la Constitución de Weimar para concluir que el Jefe del Estado como Defensor de la Constitución no ofrece ninguna ventaja respecto a un Tribunal Constitucional. En particular, mantiene que no es admisible la crítica de que éste sea una institución antidemocrática, porque el carácter democrático sólo puede depender del modo de su designación y de su situación jurídica. Podría hasta ser elegido por el pueblo, aunque eso no fuera lo más adecuado para la función que tiene que realizar. Además, el T.C. no sólo se enfrenta al Parlamento, sino también al Gobierno (pone ejemplo de Austria en ese momento), y no como contrapeso, que eso sí sería el Jefe del Estado, sino como controlador de su regularidad constitucional.
12. Por tanto Presidente y Parlamento son dos instituciones que se contrapean, la primera como freno a la segunda, que representa el pluralismo y sobre todo a la mayoría. Incluso llama al Presidente «órgano sustitutivo» para el caso de que la estructura interna del Parlamento le impida funcionar en un determinado momento, e incluso puede ser a la inversa. O sea que Schmitt llama «defender» la Constitución a aplicarla, a hacer que el Estado funcione en modo constitucional, no a reparar sus posibles violaciones o meramente impedir que surtan efecto. Y concluye diciendo que se trata de una confusión entre Ciencia y Política similar a la iusnaturalista, denominándolo «el típico método de las modernas formas ideológicas».

## 5. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

Kelsen aplicó su fórmula en la Constitución federal austriaca de 1920 para asegurar el respeto de la misma y del reparto competencial entre Bund y Länder,

cuya composición era «neutral» y cuya posición era la de tercero en discordia, lo que es característico de la jurisdicción. Lo formaban 16 miembros elegidos de por vida, la mitad por cada Cámara, y con las competencias antes descritas más un recurso individual por violación de derechos constitucionales. Según la lógica de los sistemas democráticos europeos, los T.C. no deberían existir, igual que los Jefes del Estado y los Senados. Son anomalías de signo histórico, los dos segundos del pasado y el T.C. del presente, entendiendo por tal el devenir histórico a partir de la II Guerra Mundial. En lógica, debería bastar con los tres poderes clásicos. El T.C. es una anomalía en el proceso de transición a la democracia de determinados países, particularmente en los que tuvieron específicas dificultades para transitar del Estado liberal al democrático de Derecho, en los que, caso de Portugal, la historia de la democracia es paralela a la de la justicia constitucional. Son países en que la monarquía del XIX no era parlamentaria, sino constitucional (y esto lo subraya Kelsen) y en todos se destruyó el régimen constitucional tras la I Guerra Mundial. El T.C. resulta pues de la resistencia del Antiguo Régimen a su parlamentarización y de la del Estado liberal a su democratización.

De ahí que la función del T.C. no es hacer, sino evitar que se haga. Es efectivamente un órgano defensivo, y tal consideración debe marcar su naturaleza y también su modo de operar. Pero aquí Kelsen es claro: la justicia constitucional *«desempeña la función de una protección eficaz de la minoría contra el avasallamiento de la mayoría, cuyo dominio sólo es soportable en la medida en que se ejerce jurídicamente...»* ya que la Constitución es un compromiso concreto, histórico, con lugar y tiempo, entre intereses antagónicos o al menos diferentes que debe ofrecer alternativas en el acceso al poder. Como la división clásica de poderes es insuficiente para evitar su descontrol autoritario, su abuso, se crea un órgano único, jurisdiccional pero no judicial, con una composición consensual (parecida a la del momento constituyente), con pocas competencias que se resumen en anular las violaciones constitucionales de las dos divisiones de poderes y de los derechos de los individuos.

Kelsen, en su Informe a la Reunión de Profesores de Derecho del Estado de 1928, adelanta lo que luego se publicó en su opúsculo sobre la justicia constitucional. Que las características del T.C. deben ser muy precisas, ya que en caso contrario fracasará estrepitosamente, incluso conseguirá el objetivo contrario al que pretendía. Estas características son:

1. Órgano no muy numeroso.
2. Extracción homogénea de sus miembros.
3. Por compromiso político amplio que incluya a las minorías.
4. Magistrados con notable preparación técnica.
5. Designación por período amplio, desde luego superior al mandato de los órganos políticos.

Por otro lado, y para terminar este resumen, de su obra se deducen los siguientes conceptos que se han impuesto en la práctica en los diversos estados europeos:

1. *Jurisdicción constitucional.* Método: un tribunal, es decir un colegio de juristas de alta preparación técnica que no pueden ser destituidos y que resuelven con el método jurídico un contraste entre dos normas situadas en distinto lugar en la jerarquía.
2. *Objeto del control:* leyes y normas y actos que sean desarrollo directo de la Constitución.
3. *Parámetros del control:* forma y contenido constitucionales, siendo destacable que según Kelsen toda inconstitucionalidad material era en última ratio formal porque suponía una reforma constitucional que no había seguido el procedimiento correcto.
4. *Resultado del control:* anulación pro futuro de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en alguna ocasión carácter retroactivo (normas sancionadoras, por razones de justicia material), es decir expulsión del ordenamiento.
5. *El procedimiento del control.* Quién recurre, quién participa, juicio oral, publicación de las sentencias.
6. *La significación jurídica y política del control.* Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es obligatoria en sentido técnico. Además, defiende la democracia al asegurar la regularidad de su funcionamiento. Además, protege a las minorías. También protege la distribución territorial del poder, muy especialmente en los Estados Federales, que tienen al T.C. como institución esencial.

Por todas estas razones, Kelsen sostiene que la defensa de la Constitución está indisolublemente ligada a la condición de norma jurídica de la misma, de la que es requisito y no consecuencia, y por tanto debe encomendarse a un Tribunal Constitucional. A diferencia de Schmitt, que, recordemos, sostiene que el Defensor de la Constitución, la figura que debe «defender» el Estado legislativo constitucional liberándolo de un pluralismo «anticonstitucional», ha de ser el Presidente del Reich.

#### IV. CONCLUSIONES

Como se sabe, la polémica entre Kelsen y Schmitt a propósito de quién debe ser el defensor de la Constitución se resolvió finalmente, tal y como podemos comprobar sin ir más lejos en la propia Constitución Española de 1978, del lado de las tesis de Kelsen. Es por este motivo por el cual los postulados kelsenianos nos resultan más cercanos e incluso acertados que los de Schmitt; en tanto que estos últimos son más desconocidos y menos accesibles para el gran público.

Sin embargo, tal y como podemos comprobar en nuestros días, la figura del Tribunal Constitucional como Defensor de la Constitución también tiene sus

fallos, dado que no ha conseguido solucionar, para nuestra desgracia y por muy diversas causas, todos los males para cuyo remedio estaba llamado. Y lo que es aún peor, en ciertos casos la propia institución del Tribunal Constitucional se convierte ella misma en un significativo problema constitucional para el Estado.

Por ello, nos hemos propuesto –en nuestra modesta capacidad– traer de nuevo al debate, y especialmente en un lenguaje y forma accesible a los estudiantes de la Facultad de Derecho, la pugna intelectual que se produjo entre Kelsen y Schmitt. En el marco de dicha discusión intelectual ya aparecieron y fueron apuntados muchos de los elementos problemáticos que hoy efectivamente se manifiestan en la figura del Tribunal Constitucional y su actividad. Sin lugar a dudas, la reflexión a propósito de ellos nos debe servir como base e inspiración para la solución de los mismos, razón de ser última de este artículo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BÜHLER, O., «Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos», en *La constitución de Weimar*, Madrid, Ed. Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 2010.
- CORTEZ SALINAS, Josafat, «Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente. Reseña» del libro con tal título de Lorenzo Cordova Vianello publicado en México en 2009, en *Andamios, Revista de Investigación Social*, vol. 7, n.º 13, mayo-agosto 2010, México, U.N.A.M.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, n.º 5, 2001, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán.
- JELLINEK, W., «El proceso de elaboración de la Constitución de Weimar», en *La constitución de Weimar*, Madrid, Ed. Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 2010.
- HERRERA, C. M., «La polémica Schmitt/Kelsen sobre el guardián de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 86, octubre-diciembre 1994.
- LOMBARDI, G., «La querella Schmitt/Kelsen: consideraciones sobre lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX», en C. Schmitt y H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 2009.
- MORTATI, C., «Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar», en *La constitución de Weimar*, Madrid, Ed. Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 2010.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, «Nota sobre Democracia y Constitución en la obra de Hans Kelsen», en *Isonomía*, n.º 28, abril 2008, México.
- SANROMÁN, D. L., «Carl Schmitt. La cuestión del poder», en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n.º 10, julio-diciembre 2004.
- SCHMITT, C. y KELSEN, H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 2009.

SCHMITT, C., «El Defensor de la Constitución», en C. Schmitt y H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 2009.

THERÁN LOPERA, W., «El debate Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución Política», en [http://www.unisabaneta.edu.co/innova/pdf/el\\_debate\\_schmitt\\_kelsen\\_sobre\\_el\\_guardian\\_de\\_la\\_constitucion\\_politica.pdf](http://www.unisabaneta.edu.co/innova/pdf/el_debate_schmitt_kelsen_sobre_el_guardian_de_la_constitucion_politica.pdf).